Alleg.º 10



POR

EL CONCEIO, IVSTICIA y Regimiento de la ciudad de Malaga. En el pleyto

CON

Franciſco de Torres, vezino de la ciudad de Antequera.

¶ Impreſſo en Granada, en caſa de Bartolome de Lorençana, en la calle del Pan. Año de 1632.

A Dos excepciones principales se reduze la defensa que la Ciudad haze en este negocio, y el fundamento que tiene, para pretender que se reuoque la sentencia de remate, de que viene apelado.

La primera es, que la cedula, o carta Real sobre que cayeron los acuerdos del Cabildo, y el poder, y la obligacion, no contiene facultad, ni permision para lo que se hizo; y sin ella la obligacion fue ninguna desde su principio.

La segunda, que quando huuiesse facultad la obligacion, excedio de lo acordado por la Ciudad; y como quiera que estè hecha, no comprehende el caso sobre q̃ es este pleyto, ni puede estenderse a el.

Primera excepcion.

LAS Palabras de la cedula dizen desta manera: *He querido aduertiros, encargaros, e mandaros, como lo hago, que luegõ que recibays este despacho, sin perder vn solo punto de tiempo, proueays à don Fadrique de Toledo de treynta mil ducados, tomandolo de lo procedido de mis rentas, e de qualquiera dinero que se huuiere juntado para consumo de oficios, ò del donatiuo; esto vltimo por via de emprestamo, que yo os doy en virtud desta, entera facultad para poderlo hazer: e no auiendo prompta esta suma en las dichas consignaciones, cumplireys lo que faltare de la renta de vuestros proprios, ò los tomareys prestados de qualquiera persona, o personas que lo puedan dar; porque con este dinero se abie don Fadrique, &c.*

De tres cosas, o qualquiera dellas mandò su Magestad en primero lugar, que la Ciudad sacasse este dinero; conuiene a saber: *sus rentas Reales: lo procedido de las ventas de sus oficios: ò del donatiuo*: y para esto concedio especialmente facultad, in illis verbis: *que*

que yo os doy en virtud desta, &c. y faltando estos efectos, passa la cedula Real adelante, diziendo: *Cumplireys lo que faltare de la renta de vuestros proprios, o los tomareys prestados, &c.* pero para esto vltimo no contiene la dicha cedula expressiõ, ni repeticion de la facultad, y assi no se puede dezir que la ay, por muchas razones.

La primera, porque siendo casos y efectos tan diferentes, y declarados con tanta distincion y especialidad, vemos por lo literal, que la clausula de la facultad se puso en la primera parte, y no en la segunda, y assi solo puede obrar en los casos en que se expressò, y no en otros, sin que se permita mas comprehension ni extension, que la que sonaren las palabras, c. susceptum, de rescriptis, lib. 6. c. cui de non sacerdotali, de præbend. eod. lib. c. 1. §. fin. de filijs Præsbyter. Ias. in l. beneficium, n. 37. ff. de cõstitut. Princip. glos. in c. Imperialem, de prohibit. alienat. Natt. cons. 164. n. 1. lib. 1. & cons. 165. nu. 3. Dom. Molin. de primog. lib. 2. c. 4. nu. 48. & lib. 4. c. 5. n. 38. alter Molin. de iust. & iur. tom. 2. disp. 173. ibi: *Dispensatio namque est stricti iuris, vt iuris periti vocant eaq; de causa, neque plus valet quam verba stricta intellecta sonant, neque effectus, & priuilegia habet,* & disp. 591. n. 2. Mier. de maiorat. 1. p. q. 7. nu. 17. & 4. p. q. 15. n. 28. & q. 5. nu. 4. Alexand. (in pulchro casu) cons. 2. n. 14. lib. 4. donde propone la misma duda: nempè, si la licẽcia o facultad que estaua dada para vn caso, se podia estender a otro, *& in hoc concludo* (inquit Alexand.) *quod non, quia verba licentiæ non conueniunt, ergo neque eius effectus.*

La segunda, porque aunque se pretenda, que la facultad que se dio, y expresso en la clausula superior de los tres primeros casos: videlicèt, *de rentas Reales: lo procedido de venta de oficios: ò del donatiuo*, se ha de tener por repetida en los otros casos siguientes: este es muy flaco fundamento; porque aunque en otras materias proceda la question de la

repe-

repeticion y extension, ex rationis identitatis, & ex alijs pluribus causis, de quibus passim per Doctores; però en esta materia de facultad Real, præsertim para dispensar las prohibiciones legales, es resolucion constante, que no se admite repeticion, ni extension por ningun pretexto, ni razon de clausula a clausula, ni de persona a persona, ni de vn caso a otro, ni de otra manera alguna, vt concludunt omnes præallegati DD. & latissimè defendit Lanar. cons. 60. num. 120. & alijs seqq. Donde resuelue, que la facultad, o assenso Real, solo ha de obrar en el caso donde se expresso, y no en otro alguno: y da por razon entre otras, que si se admitiesse la repeticion, o extension, no seria facultad expressa, sino tacita, la qual no basta: idem Lanar. cons. 18. per totum, & cons. 79. a num. 20. vsque ad 23. eleganter Camil. de Medic. cons. 131. donde habla en caso de facultad, o assenso, en que se haze mencion de diferentes concessiones, y en lo decisiuo se interpone la facultad sobre algunas dellas, y se omite en otra: y concluye en el nu. 7. *Quod postquam tres species concessionum sunt enuntiatæ, & super duabus primis præstatur assensus ista tertia, quæ est illa, de qua agitur remanet sine assensu.* Y en el num. 8. da la razon: quia videlicet *Rex præstando assensum expressum in casibus superioribus, alios casus, in quibus assensum non expressit, videtur omisisse, quia vbi voluit dixit:* ex ratione textus, in l. vnic. §. in primo, C. de caduc. tollend. cum alijs, quæ adducit d. n. 8.

La tercera, porque los casos para que se dio la facultad, nempè para tomar el dinero de las rentas Reales, y consumo de oficios, ò del donatiuo, son muy diuersos de lo que la ciudad executò, que fue hazer vna obligaciõ e hipoteca de sus propios, para la paga del dinero que se sacò del depositario, procedido de la ropa de contrabando, y assi no tiene extension la facultad que se dio en los dichos casos primeros, pues por su naturaleza es tã estrecha,

 que

que aun la dada para enagenar bienes, que tienen prohibicion, no se estiende al caso de obligarlos, textus in l. si pupillorum, §. Etsi Prætor, ff. de reb. eorum, vbi glos. & DD. Camill. de Medic. plures referens, cons. 56. num. 28. 29. & 30. Y aunque el señor Doctor Luys de Molina, d. lib. 4. cap. 5. sin embargo de la decision del texto, in d. l. si pupillorum, tiene por mas cierta resolucion en la materia de mayorazgos, en que habla, que la facultad dada para enagenar recibe extension al caso de obligar: però la razon que dà en el numer. 22, respondiendo al texto, in d. l. si pupillorum, es, que habla en caso en que la facultad se concede al tutor, que no es señor, como lo es el posseedor del mayorazgo, sino solo administrador de los bienes, cui non sit permissum formam mandati excedere, sed eam diligenter obseruare, l. diligenter, ff. mandat. etiam vt in melius committet, glos. in cap. solet, de sentent. excommunication. libro 6. l. 3. §. in bello, ff. de re militar. Felin. plura referens, in cap. cum dilecta, num. 5. verbo, gesta contra formam, vers. Amplia quarto, de rescript. Y añade, que en este caso de facultad dada a procurador, o administrador, no procede la regla, quod cui licet id, quod maius est licere debet etiam illud, quod est minus: quia procurator, vel administrator adeò mãdatum diligenter obseruare tenentur, vt quod est minus eis facere non sit permissum, ex traditis per Doctores, maximè Decium, num. 7. & Cagnol. num. 13. in l. non debet cui, ff. de reg. iur. y assi en nuestro caso, en que la ciudad es solo vn administrador de sus propios, ex sententia Domin. Molin. & aliorum, procede la resolucion, de que la facultad no se ha de estender.

La quarta, porque despues de los tres primeros casos en que se expressò la facultad, y en subsidio dellos, contiene la cedula Real otros dos, solamente el vno por estas palabras: *E no auiendo prompta es-*

ta

ta suma en las dichas consignaciones, cumplireys lo que faltare de la renta de vuestros propios. Y deste caso no se vso, porque no huuo dinero dellos que poder dar. El otro caso fue dezir, que se tomasse prestado de qualquiera persona o personas q̃ lo pudiessen dar, y esto no se hizo ni se executò, guardando la forma de la cedula: porque estas palabras, *Lo tomareys prestado de qualquiera persona, o personas que lo puedan dar,* sin añadir que fuesse por quẽta de la ciudad, ni que ella se obligasse a pagar el prestamo, no contienen licencia ni orden para que hiziesse esta obligaciõ, ni comprehendiesse en ella a sus propios, sino vn simple mandato de tomar dinero prestado, el qual se ha de entender para quiẽ lo manda, y por quenta suya, porque el poder que està implicito en la naturaleza deste auto, es solo para hazerlo nomine ipsius mandantis, pero no para obligarse el mandatario, quando mandatum est talis naturæ, vt nihil in ipsius gratiam contineat, l. si remunerandi, §. apud Iulianum, ff. mandat. Donde la glossa, verbo, periculo suo, aduierte, quod ex vi pacti puede resultar del mandato obligacion contra el mandatario en semejante caso, sed non ex natura mandati, l. & Aristoni, eod. titul. Bart. in l. dominos, num. 1. in prima lectura, C. quod cum eo, qui in alien. Y en el mandato que concierne a cosas y bienes de la Republica ò Ciudad, aunque sea absoluto y general no se comprehende la facultad de enagenar, en que ay especial prohibicion, ad text. in l. prohibere, §. plane, ff. qui vi aùt clàm, vbi tradit Bart. lo qual procederà con mayor razon en el mandato general del Principe, enderezado a la misma Republica, para que pudiendose entender y executar iuxtà suam naturam, nomine & periculo mandantis, no se entienda a la facultad o licencia de enagenar, o obligar sus bienes la misma Republica, si el mandato no lo dize expressamente, dispensando por palabras claras la prohibicion.

De

De que reſulta, que auiendo la ciudad de Malaga vſado del mandato de ſu Mageſtad (no conforme a ſu naturaleza) que era tener el dinero preſtado en ſu Real nombre, y obligar a la paga ſus bienes y rentas Reales, ſino en modo diuerſo, & extra ipſius mandati naturam, como fue obligarſe la miſma ciudad, la obligacion fue ninguna, porque el mandato y la facultad no ſe eſtendio a ella: y aſsi ſe ha de tener por contrato hecho ſin facultad, porq̃ en los exceſſos del mandato tan grande, y aun mayor lo es el q̃ conſiſte en mudar la calidad, y la forma de ſu execucion, como el que ſe haze en la cantidad, y ſi en eſte vltimo ceſſa la accion, y ceſſan los efectos del mandato, porque no ſe conſidera que le ay en todo aquello que ſe excede del, vt probat eleganter textus, in l. rogatus, vt fide iuberet, ff. mandat. De la miſma manera (y aun con mayor razon) han de ceſſar en el caſo en que el exceſſo conſiſte en la forma y en la qualidad de la obligacion, porque auiendola de hazer la ciudad contra la Real hazienda, la hizo contra ſus propios, y ſi la hizo ſabiendo que excedia de la facultad para moſtrarſe mas liberal, quebrãdo la prohibiciõ, y conſiguientemente ha de padezer el contrato el rieſgo de la nulidad, por ſer enagenacion y obligacion de propios ſin facultad Real (vt ſtatim dicemus) y ſi procedio con error en el hecho de obligarſe, entẽdiendo mal la Real cedula, y penſando que el mandato della para tomar el dinero preſtado, incluia la neceſsidad de obligar ſus propios a la paga del, de la miſma manera padeze defeto la obligacion, & ciuitas ipſa ſaltim per exceptionem ſubuenire debet, vt in pulchro caſu probat text. in l. ſed etſi, §. quæſitum, ff. ſi quis cautionib. donde propone Vlpiano, que auiendoſe dado fianças iudicio ſiſtendi, cauſa en el caſo en que no deuian darſe, ſe dudò, ſi los fiadores quedauan obligados, o ſe les auia de dar excepcion; y reſuelue, que no la tendrã, *ſi ex cõ-*

uentione

uentione satisdatio data fuit, pero si la obligacion se hizo por error, y creyendo que era necessario hazerla, *fideiussoribus dandam esse exceptionem*, y trae el exẽplo de Iuliano, qui scribit: *Quod si iudicio sistendi causa plures, quam statutũ est per ignorantiam promissum fuerit exceptionem dari debere.* En nuestro caso no pudo el pacto ni el contracto de la ciudad dar valor a su obligacion, en quanto re vera excedio de la comprehension y naturaleza de la facultad: y assi quedando el negocio en los terminos de auer excedido por error, recibe aplicacion ajustada la decisiõ de Vlpiano y de Iuliano, para que de qualquiera manera estè libre la ciudad, y lo esten sus propios, y no padezcan el daño de vn contrato que padeze tan insanables defetos.

Y porque todo lo que està dicho carga sobre el presupuesto, de que las ciudades o Republicas sin facultad Real, y en los casos en que està no es expressa y clara, no pueden enagenar ni obligar sus propios, aunque la materia desta question es copiosa, y algunos Doctores han intentado controuertirla; breue y seguramente podemos afirmar que el presupuesto es verdadero, assi por leyes especiales y precissas que para ello ay en nuestro Reyno, que son, l. 1 & l. 11. tit. 7. libr. 7. recop. l. 9. tit. 28. part. 3. l. 10. tit. 27. ead. par. como por la opinion y resulucion comun de los autores, porq̃ de los antiguos que escriuieron en la materia de la l. fin. C. de alien. bon. ciuitat. lib. 10 ita in specie obseruant Benedict. Bonius, in tractat. de censib. art. 18. numer. 42. tom. 9. tract. nouior. 2. part. Alexand. cons. 1. num. 7. volum. 4. Paul. de Mõtepico, cons. 94. num. 3. Menoch. cons. 726. volum. 8. y otros muchos que ellos alegan. Y de los del Reyno resueluen lo mismo, Ahumad. ad Gregor. Lop. in l. 5. tit. 26. part. 2. gloss. 6. verb. la villa, num. 20. Gaspar Rodrig. de censib. lib. 1. q. 14. num. 67. vers. Secundo casu. Donde conclu-

ye

ye, que ſin facultad Real no es valida la obligacion de los propios de las ciudades, como no lo es la vẽda dellos; y refiere, que en la Chancilleria de Valladolid ſe juzgò aſsi en muchos pleytos, Velazquez de Auend. de cenſib. cap. 68. num. 6. Bobadill. in Politic. lib. 3. cap. 8. in nouiori æditione, porque en la antigua eſtà el lugar defectuoſo, & lib. 2. capitul. 16. numer. 153. Ioan. Gutierr. in pract. libr. 4. quæſtion. 60. Doct. Garc. Toletan. ad rubric. C. de prædijs decurion. num. 8. lib. 10. & in rubric. C. de vendend. reb. ciuit. numer. 4. Donde refiere la practica general que ay en el Reyno, de no hazerſe ſin facultad Real eſtos contratos que contienen obligacion, o enagenacion de los bienes de las ciudades, Auendaño, de exſequend. mandat. 1. part. numer. 21. Ludouic. Mexia, ad l. Tolet. fundam. 6. ſecundæ partis, num. 45. Azeued. in dict. l. 11. titul. 7. lib. 7. recop. ſub num. 3. Domin. Caſtill. libr. 1. controuerſiar. de vſufruct. cap. 54. Ceuall. pract. commun. tom. 3. quæſt. 749. nu. 35. & ſeqq.

Segunda excepcion.

LO que la ciudad acordò en ſu Cabildo, en execucion de la cedula Real, como conſta de los acuerdos, fue, que ſe hizieſſe diligencia con el ſeñor don Podro Pacheco, para que la ropa que eſtaua embargada de Olandeſes ſe vendieſſe, y el dinero que procedieſſe della ſe tomaſſe para el efecto que ſu Mageſtad mandaua, obligandoſe la ciudad a boluerlo al depoſitario, para que de alli ſe entregaſſe a quien lo huuieſſe de auer, y en eſta conformidad ſe dio el poder al Cauallero Regidor comiſſario, que hizo la obligacion. Y ſupueſto que eſta ropa de Franciſco de Torres no era de contrabando, como ſe declarò por la executoria que tiene en ſu fauor, llana coſa es, que no ſe comprehendio en los acuer-

acuerdos que hizo la ciudad para obligarse, ni en el poder que dio para este efecto: porque auiendo sido con la demonstracion y calidad de la ropa de Olendeses, no huuo intencion ni animo de obligarse, ni dar poder para ropa de diferente genero, en que faltaua esta calidad, que la ciudad atendio, y declarò, y assi en esta parte contiene tambien excesso, y nulidad la escritura en que se funda la execucion deste pleyto, por auerse hecho contra & extra mandatum ipsius ciuitatis, glos. in c. quod translationem, de officio delegat. Abb. cōs. 3. col. 9. post mediū, q. 11. lib. 2. Bald. in l. falsi, col. 2. vers. factū vero, C. de furt.

Y huuo grande causa para que la ciudad sintiesse de la ropa que verdaderamente era de Olandeses, porque esta necessariamente auia de ser de su Magestad, y le pertenecia por la confiscacion, y assi no se obligaua la ciudad con riesgo de enagenar sus propios; pero si los acuerdos, y la obligacion se huuiessen de estender, como en contrario se pretende, es forçoso confessar, que la ciudad quiso obligarse llanamente a todos los treynta mil ducados, para pagarlos de sus proprios, cosa, que ni su Magestad lo quiso, ni lo mandò, ni la ciudad en todos sus acuerdos mostrò entenderlo assi, sino que en fe de la palabra Real, executaua y cumplia vn mandato, en que sus proprios no auian de padezer riesgo ni daño, ni quedar sugetos a la paga de lo que su Magestad mandaua sacar de su Real hazienda, y q̄ se tomasse, y proueyesse por cuenta suya.

Estas excepciones, que miran a la rayz del instrumento, o escritura que se executa, y conuencen la nulidad de la obligacion, no se puede dudar que son concluyentes para excluyr la via executiua, y para impedirse el remate, ex vulgatis doctrinis, esperamos que se ha de reuocar la sentencia, de que està apelado. Salua, &c.

El L. Bermudez de Castro.